

ROMA HUKUKUNDA ALIM SATIM AKTİNDE HASARIN İNTİKALI

Dr. Kudret AYİTER
Roma Hukuku Doçenti

I. Roma hukukunda «Periculum» sözü ile ifade edilen mefhum hukumuza «hasar» şeklinde geçmiştir. Periculum menşe itibariyle latince «kendisiyle tecrübe yapılan şey», «deneme» «deneme yazısı» mânalarına geliyordu. Sonraları «risk», «tehlike», «hasar» ve hatta «dâva», «dâva erilmek», «batma tehlikesi» mânalarına da kullanılmıştır. (Georges, Lateinisch - Deutsches Handwörterbuch, cilt II, s. 1601, 1602). Periculum terimi esas itibariyle umulmıyan hal sebebiyle edanın imkânsız hale gelmesinde kullanılır. Eda, umulmıyan bir halden dolayı veya satıcının kusuru olmadan malın telef olması yahut durumunun fenalaşması sebebiyle artık tamamen veya kısmen yerine getirilemezse bâyi semeni müşteriden istiyebilecek midir yoksa istiyemeyecek midir? Hasarın aidiyeti meselesi, yani müşteriye veya bâyiye ait olması meselesi bu suale müspet veya menfi cevap verilmesine bağlıdır. Eğer müşteri semeni ödiyecekse hasarın müşteriye ait olduğunu, ödemiyecekse bâyiye ait olduğunu söyleriz.

Türk Borçlar Kanunu Hasar ile ilgili şu hükümleri ihtiva eder:

Borçlar Kanunu 183. Nefi ve Hasar — Halin icabından veya hususî şartlardan mütevellit istisnaların maadasında, satılan şeyin nefi ve hasarı akdın inikadı anından itibaren alıcıya intikal eder.

Bununla beraber yalnız nev'en tayin edilmiş olan satılanın ayırt edilmiş olması da lâzımdır ve başka bir yere gönderilecek ise satıcı bu maksatla satılan üzerinden yedini refetmiş bulunması da şarttır.

Borçlar Kanunu 117. İfanın mümkün olmaması — Borçluya isnat olunamıyan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa, borç sakit olur.

(Son fıkra) Kanun veya akid ile borcun ifasından evvel bile vukua gelen zararın, alacaklıya tahmil edilmiş olduğu haller bundan müstesnadır.

Borçlar Kanunu 216. Menfaat ve muhatara (Gayrimenkullerde) — Satılanın alıcı tarafından kabzedilmesi için mukavele ile bir müddet tayin edildiği halde onun nefi ve hasarının alıcıya intikal etmemesi asıldır.

Borçlar Kanunu 210. Semene istihkak ve semenin faizi — Hilâfi na mukavele mevcut değil ise, satılan alıcının yedine girince satıcı semene müstahak olur.

Sarahatle görüldüğü gibi Borçlar Kanununumuzda hasar hakkındaki hükümler nev'en muayyen mal borçlarına tatbik edilemez. Nev'en muayyen bir malın borçlusu, malın hasar görmesi halinde aynı neviden başka mal bulup vermek mecburiyetindedir. Hasar görmüş malı teslim etmesi halinde mukavelede tesbit edilmiş cinsten mal vermemiş olduğundan borcunu yerine getirmiş sayılmaz. Şu kadar ki nev'en muayyen malın ayırt edilmiş olması veya sevkedilmiş olması halinde, nev'i ile muayyen borç mahiyeti bir dereceye kadar kaybolacağından, hasarın müşteriye intikalinden bahsedilebilir.

Dikkat edilirse, Kanun Gayrimenkuller hakkında B. K. 183 deki hüküm her zaman tatbik etmemektedir. Gayrimenkulün muayyen bir müddet içinde kabzedilmesi kararlaştırılmışsa o müddet içinde satıcının hasardan mes'ul olacağı kararlaştırılmıştır.

Hasar probleminin yalnız tasarruf ve taahhüt muamelelerinin tefrik edildiği bir hukuk nizamında mevzubahis olabileceği de şüpheden âri dir. Bugünkü Fransız Hukukunda (Code Civil 1138) olduğu gibi taahhüt ve tasarruf muamelelerinin tefrik edilmediği ve satışta, satış aktinin yapılması ile mülkiyetin geçtiği bir hukuk sisteminde hasarın kime ait olduğundan bahsetmeğe inkân yoktur, zira pek tabii olarak mâlike ait olur. (Tasarruf ve taahhüt muameleleri tefriki için K. Ayiter, Medenî Hukukta tasarruf muameleleri, Ankara 1953 kitabına bakınız.) Roma Hukuku da borç aktini — alım satım aktini — yalnız taahhüt muamelesi olarak kabul ediyordu ve mülkiyetin intikalini temin edecek olan teslim (traditio) muamelesini ondan tefrik ediyordu.

II. 14 Mayıs 1948 günü o zamanlar İstanbul Hukuk Fakültesi Roma Hukuku ve Medenî Hukuk Ord. Profesörü olan Andreas B. Schwarz, Ankara Hukuk Fakültesinin ikinci sınıfında verdiği bir derste, Türk Medenî Kanununun 183 üncü maddesinde ifadesini bulmuş olan «nefi ve hasar akdın intikaldan itibaren alıcıya intikal eder» hükmünü tenkit etmiş, bu hükmün bir çok bakımlardan adâlete aykırı olduğunu belirttiğinden sonra, Borçlar Kanununun bu işle ilgili hükümleri sahasında umumî bir ilmi münakaşa açılmasını temenni etmişti (1). Çok sarîh görünen kanun hü-

(1) A. B. Schwarz, *Satış aktinde hasarın intikali. Tercüme eden Kudret Ayiter. Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi. Cilt IV. Yıl 1948. Sayfa 159 - 167.*

kümlerine rağmen, yepyeni bir fikri büyük bir maharet ve cesaretle ortaya atan Profesör Schwarz'ın bu dersi Ankara Hukuk Fakültesi hocalarının hemen hemen hepsi tarafından hayranlıkla dinlenmişti. Profesör Schwarz'ın fikirleri şu şekilde bir araya toplanabilir:

«Corpus Iuris Civilis'te karşımıza çıkan «periculum ad emptorem pertinet» veya «periculum emptoris est» hükmü modern kanunlaştırmaların çoğu tarafından kabul edilmemiştir. Avusturya ve Alman Medeni Kanunu hasarın teslim anına kadar satıcıya ait olacağını kabul etmiştir. Fransız Medeni Kanunu her ne kadar Roma Hukukunun prensibine bağlı kalmış görünüyorsa da orada mülkiyet aktin in'ikadı ile intikal ettiğine göre hasarın müşteriye ait olmayıp mâlike ait olduğu söylenebilir. İsviçre Borçlar Kanunu (Mad. 185) ise Roma Hukukunun prensibini kabul etmiş ve bir taraftan mülkiyetin teslimle, diğer taraftan hasarın satış aktinin in'ikadı ile intikal edeceğini ifade etmiştir. Roma Hukukunda mülkiyetin intikali teslimle oluyordu. İustinianus Hukukunda karşımıza çıkan «periculum est emptoris» kâidesinin klâsik hukuka ait olup olmadığı ise çok münakaşa edilmiştir. Muhtemelen klâsik hukuka aittir ve alım satım aktinin mutlaka peşin para ile yapıldığı devirlerden kalmaz (2). Roma Hukukunda hakikî vaziyetin tesbiti bugünkü durumu daha salimen tetkik etmemize de yardım edecektir. Borçlar Kanununun 183 üncü maddesi yanında bu mesele ile ilgili 210 uncu maddeyi görüyoruz. Bu maddeye göre «Hilâfına mukavele mevcut değilse meb'î müşterinin ye dine girince bâyi semene müstahak olur».

O halde müşteri ancak meb'îin tesliminden sonra semeni ödiyecektir. Mevcut kanaata göre bunun tek istisnası 183 üncü maddedir. Bu ise mânasız bir hükümdür. Ancak, Borçlar Kanunu 210 uncu maddesinin hilâfına bir aktin yapılmış olup da, bu maddenin tatbik edilmemesi kararlaştırılrsa o vakit 183 üncü maddenin tatbiki yerinde olur. Kaldı ki diğer tarafta mühim bir problem 210 uncu maddedeki münasebetin yalnız bir def'ine mi imkân verdiği veya esasa ait bir mesele olarak hâkim tarafından resen nazarı itibare alınması mı gerektiği meselesidir. Von Tuhr burada bir def'inin değil hâkim tarafından resen nazarı itibare alınacak bir vaziyetin bulunduğu kanaatindedir ve bu doğrudur. Bu durumda hasar, yalnız peşin para ile yapılan satışlarda Borçlar Kanunu 183 gereğince, diğer hallerde ise ancak teslim ile müşteriye intikal edecektir. Zaten 183 üncü madde «hususî hallerdeki istisnaları» maddenin şumulü dışında tutmuştur. Bu hükümden de istifade edilip yukardaki hüküm takviye edilebilir. Her halde hâkim serbest hareket ederek mânasız bir hükümü ihtiyaca uygun hale sokmalıdır.»

(2) Schwarz, a. g. yazı. s. 164.

III. Son derece alâka çekici olan bu fikirlerden sonra Profesör Schwarz'ın arzu ettiği ilmi münakaşa olmamış, büyük bir ihtiyaçtan doğan problem ele alınmamıştır. Esat Arsebük'ün aynı sene sonunda çıkan «Hususî Akit Tipleri» yazısında (3) 87 ilâ 141 de Satış akti etrafınca incelendiği halde bu probleme hiç temas edilmemiş, Zerrin Akgün'ün 1953 yılında çıkan iki yazısı «Menkul Bey'inde Hasar» (4) ve «Gayrimenkul satış vaadi ve gayrimenkul bey'inde hasar» (5) meselenin yukarıda temas edilen tarafını hiç ele almamış, ezümle Borçlar Kanunu 210 muvacehesinde B. K. 183' ün durumunu hiç incelememiştir. Zerrin Akgün'ün «Menkul bey'inde hasar» yazısının sonunda, Cevat Abdürrahim Gücün, ün, Schwarz'ınkine muvazi ve ona takaddüm eden Roma Hukuku ve Avrupa hukuklarına dayanmadığı halde, sırf ihtiyaç sebebiyle yaptığı tenkide temas ettiği halde bu problem üzerinde tevakkuf etmediğini görüyoruz (7). Turan Bakır tarafından 1954 yılında neşredilen «Alım Satım aktinde hasar problemi» (8) de meseleyi bu bakımdan ele almamış, problemin bu cihetine hiç temas etmeden kanun hükümlerini zikr ve izah etmekle iktifa etmiştir. Bütün bu yazılarda Prof. Schwarz'ın yazısı hiç zikredilmemektedir. Hasar Problemine tahsis ettiği ve Schwarz'ın konferansından daha evvel neşredilmiş olan iki yazısının birincisinde «Ticaret Bey'de Hasar»da daha çok mücbir sebep, kaza meselesine temas eden ve neticede «Hasar, âkitler arasındaki borç münasebetlerinde, ait olduğu tarafın talep hakkının sukutunu mucip imkânsızlık» olduğunu söyleyen (10), ikinci bir yazısında «Mecellede hasar» (11) problemi ile meşgul olan Prof. Halil Arslanlı, ikinci yazısında «Gerçi hasarın intikâlinde teslim sistemi müdafaa edilebilir. Hattâ belki modern ihtiyaçlara en uygun sistem teslim usulüdür. Şunu bilhassa tebarüz ettirmek isteriz ki buradaki münakaşanın hedefi hangi sistemin elverişli olduğunu tayin

(3) Esat Arsebük, *Hususî akıt tipleri*. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Cilt V. 1948. sayı 1-4. s. 85 - 153.

(4) M. Zerrin Akgün, *Menkul Bey'inde hasar*. Ad. Dergisi. Yıl 44. 1953. Sayı 3. s. 251 - 263.

(5) M. Zerrin Akgün, *Gayrimenkul satış vaadi ve gayrimenkul bey'inde hasar*. Ad. Dergisi. Yıl 44. 1953. Sayı 5. s. 445 - 465.

(6) Cevat Abdürrahim Gücün, *Nazarî ve ameli hukuk davaları*. 2 inci Kitap. İstanbul 1946. s. 542 v. d.

(7) Z. Akgün, a. g. yazı. s. 261 - 262.

(8) Turan Bakır, *Alım satım aktinde hasar problemi*. Ad. Dergisi Yıl 45, 1954. Sayı 9. s. 1091 - 1103.

(9) Halil Arslanlı, *Ticaret Bey'de hasar*. İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası. cilt XIII. 1947. Sayı 4 s. 1451 v. d.

(10) H. Arslanlı, a. g. yazı. s. 1474.

(11) Halil Arslanlı, *Mecellede Hasar*. İstanbul Hukuk Fakültesi mecmuası. cilt. XIV. 1948. Sayı 1-2. s. 248 v. d.

değildir. Hasarın intikalinde akit, mülkiyet veya teslim esası kabul edilmiş olabilir. Bunlardan hangisi kabul edilmiş olursa olsun terviç edilen sistem icabı mevzu hükümler arasında da âhenk bulunmalıdır.» (12) şeklinde meselemin mührak noktasını belirliyor, fakat belki de mevzuunun yalnız Mecelle olması sebebiyle bu günkü hükümler üzerinde fazla durmuyor. Prof. Hüseyin Avni Göktürk de 1951 senesinde neşrettiği «Borçlar Hukuku. İkinci Kısım. Aktin muhtelif neveleri» kitabında (13) meseleye yalnız kanundaki hükümlerin gösterilmesi tarzında temas etmiş, problemin en can alacak noktası olan B. K. 183 ve 210 arasındaki münasebete hiç temas etmemiş, bu iki maddenin telif imkânlarını da aramamıştır.

Profesör Schwarz'ın yaptığı tenkide kısa da olsa temas eden, «Borçlar Hukuku Dersleri — Hususî Borç Münasebetleri.» eseri (14) ile Profesör Necip Bölge olmuştu. Schwarz'ın ileri sürdüğü fikirlere yalnız işaret etmekle iktifa eden müellif (15), Hasar bakımından yaptığı tahlilde daha çok B. K. 117 ile 183 arasındaki münasebet üzerinde durmakta, — 183'ün 117 nin «Kanun veya akit ile borcun ifasından evvel bile vukua gelen zararın, alacaklıya tahmil edilmiş olduğu haller bundan müstesnadır» hükmüne göre istisnai hükümlerden biri olduğu neticesine varmaktadır. Borçlar Kanunu 210 ile mevcut münasebet tetkikin konusu yapılmamış, ne'v'en tayin edilmiş eşya satımında ve taliki şarta bağlı akitlerde hasar problemi üzerinde durulmuştur.

Prof. Şakir Berki «Borçlar Hukuku. Kitap II. Hususî Hükümler» (16) de de Bey'ide Nef'i ve Hasar bahsinde, Borçlar Kanunu 183 ün hükümlerini tekrarlar yetinmiş, asıl problemin diğer maddeler karşısındaki duruma muna temas etmemiştir.

Bu durum karşısında Prof. Schwarz'ın ilmî bir münakaşaya davetinin cevapsız kaldığı söylenebilir. Kimse meselemin asıl mühim cihetine temas etmemiş, problem ihtiyacı karşılayacak şekilde hal edilmemiş, bir hal tarzı bulunmamıştır. Nitekim tatbikat, Profesör Schwarz'ın haklı olarak dediği gibi, halktan her hangi bir kimsenin, hatta her hangi bir tüccarın aklına gelmeyeceği, hakkaniyete aykırı şekilde devam etmektedir: «Tür-

(12) Aynı yazı. s. 270.

(13) H. Avni Göktürk, Borçlar Hukuku. İkinci kısım. Aktin muhtelif neveleri. Ankara 1951. s. 391 - 392.

(14) Necip Bölge, Borçlar Hukuku dersleri. Hususî Borç münasebetleri. Ankara 1958. s. 26 ilâ 30.

(15) Aynı eser. s. 29 not 3.

(16) Şakir Berki, Borçlar Hukuku. Kitap II. Hususî Hükümler. Ankara 1958. s. 9 - 11.

kiye'de, teslim edilmeden yanan bir halının bedeli olan 2000 lirayı talep etmek her hangi bir satıcının aklına gelir mi? Meğer ki bir hukukçu kendisine bu imkânı izah etsin» (17).

IV. Bu gün bu sahada yazılan yazılarda- âdet olduğu veçhile - Roma Hukukundaki durum da zikrediliyor (18). Vakıa Roma Hukukunun, Kanunumuzdaki hükmün esbabı mucibesi gibi zikredildiğini ileri sürmek istemiyorum. Fakat umumî izahat gibi anlatılsa bile bir esbabı mucibe manzarasını gösterdiği inkâr edilemez. Acaba bu doğru mudur? Burada Schwarz'ın bir kaç sözünü tekrar etmeyi faydalı buluyoruz. «Roma Hukukuna ait tetkikler.. bu günkü hususî hukukumuzun, menşei Roma Hukuku olan kısımlarının anlaşılması bakımından ehemmiyetsiz değildir. Roma Hukuku aktüel bir hale, zamanın bir meselesi haline ve kaynakları tenkât ilminin ve tarih ilminin neticeleri, zamanımız hukuku için faydalı hale getirilmelidir. Metinlerde sonradan değişiklik yapıp yapılmadığı hakkındaki tetkikler bir fikrin klasik olmadığını ortaya koyarsa veya Bizanslılar tarafından değiştirilmiş olmasını muhtemel gösterirse ve bu fikir bu gün de yaşama devam ediyorsa, oraya bu günkü hukuk için tehlike bulunduğunu bildiren, ikaz edici, bir levha koymak icap eder. Şu halde Borçlar Kanunumuzun 183 üncü maddesindeki prensip, kendisinin hakkaniyete ve maksada tevafuk etmesi noktasından ötedenberi caî sual görülmüşse, Roma Hukukunda yapılan yeni tarihçi tetkiklerin bu güne kadar gelmiş olan telâkkileri hiç olmazsa sarsan ve bu telâkkilerin ifade ettiği mânâyı her halde başka tarafa kaydıran neticeleri karşısında hukuk tarihine dayanan sebeplerle de ikaz edici bir levha asmak icap eder» (19).

Bu tetkikimizin gayesi, menşe olarak, Roma Hukuku gösterilen Periculum est emptoris kâidesinin Roma Hukukundaki durumunu, bu arada en yeni fikirleri bilhassa izah ederek, kısaca belirtmek, ve Prof. Schwarz'ın ileri sürdüğü, B. K. 183' ün bu günkü tatbikatı için yeni hal tarzının ne dereceye kadar Roma Hukukuna yakın düştüğü problemini incelemektir.

Günümüzün, hukuk tedrisatında en çok üzerinde durulan problemlerinden birisi Roma Hukukunun aktüel hale getirilmesidir. Roma Hukuku, bilhassa borçlar hukuku sahasında, hayatiyetini bu günkü kanunlar içinde de olduğu gibi muhafaza etmiştir. (20).

(17) Schwarz, a. g. yazı. s. 163.

(18) H. Arslanlı, Mecellede hasar. s. 248; Z. Akgün, Menkul bey'inde hasar. s. 252; Turan Bakır, a. g. yazı. s. 1094.

(19) Schwarz, a. g. yazı. s. 164.

(20) A. B. Schwarz, Gaius Institutiones in Borçlar Kanununun Türkân Rado tarafından 1953 de neşredilen Türkçe tercümesi için yazdığı ön sözden s. XVI v. d. bilhassa s. XVII not 15.

Roma Hukukunun gerek ilmi araştırmalarda gerek tedrisatta yeniden canlandırılması, bu günkünden daha da fazla canlandırılması, harp sonrası Avrupasında her memlekette kendisini göstermiş olan bir cereyandır. Buna sebep, son senelerde gittikçe kendisini daha kuvvetli göstermekte olan Hususî Hukuk birliğine varmak temayülü, bunu hiç olmazsa Avrupa için gerçekleştirmek arzusudur. Roma Hukukunun Avrupa'nın Hususî Hukukunda müşterek kaynak olduğu ve bu kaynağa bağlanıldığı derecede Hukuk birliğine varılacağı fikri çok kuvvetlidir. (21)

Yalnız bu arada Roma Hukukunu modern telâkkilere göre, ve kendisine has olan bünyesi terk edilerek, bünyesine yabancı bir sistematikğin ışığı altında ve mefhumları kendilerine yabancı fikirlerle benzetilerek tetkik etmekten bilhassa kaçınmak icab eder. Müesseseler, mefhumlar, Roma Hukukçularının anladığı mânada tetkik edilmeli ve şüphesiz çok faydalı olan mukayeseler esnasında Roma Hukukuna bu günkü fikirlerle tesir etmeğe, onu bu günkü görüşlerimize göre izah etmeğe çalışmamalıdır. Üzerinde durduğumuz mevzu, «periculum est emptoris», mukayese mevzuunda hangi hududa kadar gidilebileceğinin iyi bir misali olabilir:

Bu günkü hukuktaki müesseseyi tetkik ederken onun kaynaklarını Roma Hukukunda buluyorsak, bugünkü hukuka has bütün düşünce tarzlarından tecerrüd ederek, Roma'da durumunun ne olduğunu arıyacağız. Bu araştırmalarda bu günkü sistematik düşünce tarzımızın da tesiri altında kalmamamız lazımdır. Ezcümle Kazuistik bir hukuk tetkik edilirken onun hükümlerini bir sistem içinde toplamak hatahdır, zira o hukuku devrinin hukukçuları öyle görmemiş, hissetmemişlerdir. Roma Hukukunda elde edilen netice müteakiben bugünkü hukuk ile karşılaştırılabilir. Bu karşılaştırma bir taraftan müessesenin menşeyini bize gösterdiği gibi çok defa bu günkü müessesenin asıl menşeyinden ne kadar ayrılmış olduğunu ve bu ayrılmanın faydalı olup olmadığını tetkik etmemize de fırsat verir. Müteakip izahat kast ettiğimizi açıkça gösterecek ve kaynağı bilmenin B. K. 183' ün mukadderatı hakkında yapılan bir münakaşadaki ehemmiyetini belirtecektir.

V. Acaba Corpus Iuris Cıvılis bize bu sahada ne gibi malzeme ve riyor.

(21) Paul Koschaker, *Europa und das römische Recht*, s. 347 v. d. ve s. 367 v. d.; Betti, *Diritto romano I Parte Generale. Prefazione. p. I. XXVIII* (1935), *Zweigert, Ziele und Stoff der Juristischen - Ausbildung, Zeit, für ausländisches und inter. Privatrecht*. 22 (1957) 1, s. 8 - 9; Saleilles, *Le droit romain et la democratie, inter. Privatrecht*. 22 (1957) 1, s. 8 - 9; Saleilles, *Le droit romain et la democratie, Studi in onore di V. Scialoja, II* (1905) s. 713 - 730 ve Saleilles, *L'oeuvre juridique Paris 1914. s. 187 v. d. bakınız.*

Roma Hukukunda alım satım akti (Emptio Venditio) iki dâva ile teşhiz edilmiştir. Bunların biri müşteriye tanınan «actio empti» (22), diğeri satıcıya tanınan «actio venditi» (23) dir. Bonae fidei dâvalardan olan bu iki dâvanın intentio'sunda «Quidquid Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona» şeklini görüyoruz (D. 19, 1, 1). D 19, 1, 25 deki hükme göre borçlar aynı anda yerine getirilecek, bir tarafın borcunu yerine getirilmeden yapacağı talep bir exceptio ile karşılanacaktır.

D. 19, 1, 25 Iulianus, I'bro quinquagesimo quarto digestorum. Qui pendentem vindemiam emit, si uvam legere prohibeatur a venditore, advesus eum petentem pretium exceptione uti poterit «si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea petitur, quae venit neque tradita est.» ceterum post traditionem sive lectam uvam calcare sive mustum evehere prohibeatur, ad exhibendum vel iniuriarum agere poterit, quemadmodum si aliam quamlibet rem suam tollere prohibeatur.

Müşteri tarafından ileri sürülebilecek olan def'i «exceptio rei venditae, sed non traditae»; satıcı tarafından ileri sürülebilecek olan def'i ise «exceptio pretii nondum soluti»dır (24)

Bunlar Paulus'un dediği gibi (D. 44, 1, 7, 1) bir «rei cohaerens» def'i olduğundan akte istinaden dâva açan herkese karşı, âkidin halflerine karşı da dermeyan edilebilir. Aktin yerine getirilmesini istiyen âkit; veya onun yerine geçmiş olan kimse, her şeyden evvel kendisinin akti yerine getirdiğini ispat etmeğe mecburdur. (25).

Bu hüküm esas itibariyle Borçlar Kanunu 210 daki hükme tekabül etmektedir. Vakıa Borçlar Kanunu 210 daki hükmün bir def'i verip vermediği yahut hâkim tarafından resen nazarı itibare alınacak bir vaziyet olup olmadığı uzun münakaşaların konusu olmuştur, fakat esas itibariyle hüküm aynıdır. (26)

Roma Hukukunda bu sarîh hükmün istisnası mebl'in umulmıyan bir hal sonunda telefi halinde bâyin'in semeni talep edebilmesidir. «Periculum est emptoris» ile ifadesini bulan bu esas, Corpus Iuris Civilis'in üç kitabında da tekrar tekrar ele alınmıştır. Inst. III, 23, 3; D. 18, 6, 8; Cod. 4, 49, 12. Durumu en açık ifade eden Institutiones'in metnini görelim.

(24) Glück, Pandekten, Erlangen 1815. cilt 17. s. 228 v. d. Bu terimler Klâsik Roma Hukukuna ait olmamakla beraber durumu iyi ifade ediyorlar. Aynı şekilde, exceptio non adimpleti contractus da Pandekt hukukunun kullandığı bir terimdir. Roma Hukukunda bu sahada yalnız Exceptio mercis non traditae'yi görüyoruz. D. 44, 4, 5

(25) Glück, a. g. eser. s. 237.

(26) Schwarz, a. yazı. s. 166.

Inst. III, 23, 3. Alım satım akti tamam olur olmaz (veya söylemiş olduğumuz gibi, yazısız olarak yapılmışsa, semen üzerinde mutabakat hasıl olur olmaz) her ne kadar mebi (res vendita) alıcıya teslim edilmemiş de olsa, mebideki hasar (periculum) derhal alıcıya geçer. Binaenaleyh, şayet satılmış köle ölmüş veya vücudunun bir tarafı zara görmüşse, veya satılmış ev tamamen veyahut kısmen yanmışsa, veya satılmış arazi kısmen veyahut tamamen sel tarafından alınıp götürülmüşse, veyahut bir su baskını ile veya ağaçları söküp götüreren bir fırtına neticesi çok küçülmüş ve değerinden kaybetmişse, bütün bunlar, mebi eline geçmediği halde semeni tekiye etmek mecburiyetinde olan alıcının zararıdır. Filhakika sattıcı, kast (dolus) ve ihmali (culpa) olmaksızın vâki olan her şeye karşı emniyettedir. Fakat alım satımdan sonra arazi bir alluvio neticesi büyürse, bunun menfaati de alıcıya dır, zira menfaat de, hasardan mes'ul olan kimseye ait olmalıdır (27).

Görüldüğü gibi müşteri, eline hiç geçmemiş olan bir mal için semeni ödemek kulfeti altındadır. (28) Yukarda naklettiğimiz metin Gaius un Institutiones'inde yoktur. Kitap III 141 den sonra gelmesi icab ederdi. Corpus Iuris Civilis'de ki hüküm bu itibarla İustinianus tarafından Institutiones'e ithal edilen hükümlerden dır.

Alım satım aktindeki bu hükme mütenazır bir hüküm kira aktinde D. 19, 2, 33 de karşımıza çıkıyor (29).

Devlet otoritesinin kararı ile, istimlak gibi hallerde, mebin hasar görmesi hallerinde periculum est emptoris hükmünün tatbik edilmediği tahmin ediliyor. D. 19, 2, 33 teslimden evvel istimlakte, daha evvel ödenmiş olan semenin istirdat edilebileceğini, D. 21, 2, 11 pr. de ise mebin tesliminden sonra yapılan bir istimlakte hasarın müşteriye ait olduğunu ifade ediyor. (D. 18, 6, 13; D. 19, 2, 33; D. 19, 1, 13, 17; D. 10, 3, 7, 13).

Kaynaklarda hal edilmemiş olan en mühim nokta şudur:

Bâyi hasar gören veya telef olan mebi için üçüncü şahıslardan tazminat almışsa, periculum est emptoris hükmü acaba gene tatbik edile-

(27) İustinianus, Institutiones, Türkçe metin. Ziya Umur. İstanbul. 1955. s. 129.

(28) Berger, Periculum rei venditae. Encyclopedic dictionary of roman law. s. 627.

(29) R. Leonhard, Emptio Venditio, RE. V 2 (1905) s. 2537 ve G. Hartmann, Juristischer Casus und seine Prastation bei Obligationen auf Sachleistung insbesondere beim Kauf. Jährings Jahrbücher. Band 22. Jahr. 1884. s. 417 v. d. bilhassa D. 19, 2, 33 için s. 427 v. d.

cek midir? Pandekt Hukukunda mühim münakaşalara sebebiyet vermiş olan bu mesele bilhassa bu istimlak bedellerinin bâyi tarafından alınması halinde bahse konu olmuştur. Windscheid (30) burada Periculum est emptoris'in tatbik edilemeyeceği kanaatindeydi.

Roma'da Res quea pondere numero mensurave constant olan eşyalarda (yani tartılarak, sayılarak veya ölçülerek tesbit edilen eşyalar) sayılmadan, tartılmadan veya ölçülmeden satış akti tamamlanmış (emptio perfecta) sayılmazdı. Bu bakımdan bu fiiller yapılmaya kadar satış akti meydana gelmiş olmaz, hasar da intikal etmezdi. Aynı şekilde satış aktinin bir şarta bağlı olması halinde şartın tahakkukuna kadar akit tamamlanmayacağına göre hasarın intikalinden bahsedilemezdi. Şarta bağlı satışlarda eşyanın telefinin satıcıya, kısmen bozulmasının ise alıcıya ait olduğu hakkında Corpus Iuris Civilis'de mevcut hüküm (D. 18,6,8) kuvvetli Interpolatio şüphesi altındadır.

Satış aktinde bir de Custodia mes'uliyetini görüyoruz : Custodia mes'uliyeti Klâsik Hukukda satış aktinde bahse konu olan umumî mes'uliyet esası idi. Satılan malın müşteriye devredilmesi icab ederdi. Bu, malın mahiyetine göre değişen bir hukukî muamele şeklinde olurdu (31). Satım aktinin yapılmasından sonra fakat eşyanın müşteriye tesliminden evvel arada geçen zaman zarfında her türlü hırsızlıktan dolayı bâyi mes'ul addedilirdi. Klâsikten sonraki hukukta ve İustinianus Hukukunda Custodia mes'uliyeti kusura dayanan bir mes'uliyet haline gelmiş ve bâyi «di ligentia in custodiendo» dan yani şeyi ihtimamla saklaması mes'uliyeti altına girmiştir. İşte Custodia mes'uliyetinin tatbik edildiği hallerde «periculum est emptoris» den doğan mes'uliyetin tatbik edilmediğini görüyoruz.

Roma Hukuku kaynaklarında «periculum est emptoris» ile ilgili hâdiselerin büyük bir kısmı şarap alım satımına aittir. Bunu izah etmek kolaydır. Şarap kolaylıkla bozulan bir eşyadır. Maddesi itibariyle bozulmaya müsait bu gibi eşyalara ve bir de tabii hâdiseler ve âfetle: neticesinde eşyanın hasar görmesinde (yukarda gördüğümüz gibi kölenin ölümü, yangın v. s.) «periculum est emptoris»in bilhassa tatbik edildiği açıktır.

Hasarı deruhte etmiş olan tarafın, buna mukabil nefi yi de alabileceği Roma Hukukunda kabul edilmiştir: «cuius periculum eius commo-

(30) Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9 Tab'ı 1906 CII II. s. 390.

(31) Traditio için D. 19, 1, 11, 2 'ye, Mancipatio ve In iure cessio için Paul. Sent. 1, 13 a, 4 ve Gajus. I. 4, 131 a'ya bakınız.

dum». Satım aktinin yapılmasından sonra malda hasıl olan ziyadeler (mahsuller) müşterinin ad edilirdi. (32).

VI. Roma Hukukunun kısaca gördüğümüz bu hükümleri öteden beri değişik şekillerde izah edilmiye çalışılmış ve pek çok nazariyelerin doğumuna vesile teşkil etmiştir. (33)

A. Jörs (34) bunun her halde en eski alım satım aktinden bir bakiye olduğunu, çok muhtemel olarak bu satışın, Roma Hukukunda sonraları karşımıza çıkan rızai satış aktinden ayrı olduğunu ileri sürmüş, tahminlerden pek az öteye gidebilen fikirlerinde «Periculum est emptoris» kaidenin neden muhafaza edildiğini izah edememiştir. İustinianus Hukukuna kadar intikal eden bu kaidenin asıl izaha muhtaç tarafı bu intikalin sebebi idi. Jörs ve «Römisches Recht.» kitabının sonraki tablalarını çıkartan Kunkel (35), Periculum est emptoris hükmünü ihtiva eden metinlerin esas itibarıyla interpolatio gördüklerini, klâsik hukukta bu prensibin her halde mevcut olduğunu da ilâve etmiştir. Kanaatlarına göre bu, yukarda da söylediğimiz gibi klâsikten evvelki hukuka ait bir prensiptir ve klâsik hukukçular tarafından yeniden işlenmiş, kısmen genişletilmiş, kısmen de daraltılmıştır. Ne bakımdan genişletildiği, ne bakımdan daraltıldığı hakkında en ufak bir izahat vermeyen Jörs-Kunkel'in bu fikirlerini şraflı şekilde inceleyemeyeceğiz. Fikirlere iştirak veya iştirak etmemek için elimizde kâfi delil bulunmuyor.

Beseler (36) yukardaki fikre çok yaklaştığı için onu da burada zikretmenin uygun olacağını zân ediyoruz. Metinlerdeki interpolatio'ları prensibin tamamen İustinianus devrinden geldiği hakkında kâfi delil ad edemiyen Beseler, metinlerin değiştirildiğini kabul etmekle beraber prensibin klâsik hukukta da bulunması icab ettiğini ileri sürmüştür. Beseler, Jörs gibi, periculum est emptoris'in menşei ile meşgul olmamakta, yalnız klâsik hukuk devrinde de mevcut olduğu kanaatını ileri sürmektedir.

(32) *Periculum est emptoris'in umumi hükümleri için Türkân Rado, Roma Hukuku Derleri. Borçlar Hukuku. İstanbul 1956. s. 88 v. d.; Di Marzo, Roma Hukuku, Tercüme eden Ziya Umur. İstanbul 1954, s. 390 v. d. Jörs - Kunkel - Wenger, Römisches Recht, 2 ve 3 tab'ı § 141, 2 ye bakınız.*

(33) *Roma Hukuku sahasında problemle ilgili umumi bibliyografya: M. Konstantinovitch, Le periculum rei venditae. There Luon, 1923; Huvelin, Revue historique de droit français et étranger, 3 (1924) 318; Ch. Appleton, Revue histo. De droit fr. et étr., 5 (1926) 375; 6 (1927) 195; H. R. Hoetink, Periculum est emptoris Harlem, 1928; Krückmann, Einige Randfragen zum periculum emptoris, ZSS. 59 (1939) 1, ZSS 60 (1940) 1.; Arangio-Ruiz, Responsabilità contrattuale, 2 nci tab'ı, Napoli 1933, s. 147 v. d.; Meylan, İura, 1 (1950) 253 v. d.; Meylan, Inst. III, 23, 3 et 3 a, et l'unification du régime des risques dans le contrat de vente par Justinien.*

B. Periculum est emptoris sahasında ilk büyük nazariyeyi büyük İtalyan Romancısı Arno ileri sürmüş ve fikirlerini 1897 den 1910 senesi ne kadar, birbirini takip eden bir çok yazıda müdafa etmiştir (37). Arno'nun fikirlerini 1919 senesinde bir yazısında toplıyan ve çok iyi hülâsa ettikten sonra daha da öteye götüren meşhur Alman Hukukçusu Franz Haymann (38) olmuştur. Arno ve Haymann'ın fikirleri şu şekilde hülâsa edilebilir: Klasik Roma Hukukunda, mebiin teslimine kadar hasar bā-yie aitti. Ancak teslimden sonra hasar müşteriye-intikal etmiştir. Her iki müellif, bu prensiple ilgili metinlerin klâsik hukukçulara ait olmadıklarını, olamayacaklarını ispat etmeğe çalışmışlar, Interpolatio'ları göstermeğe gayret etmişler ve itiraf etmek lâzım ki 1928-1930 seneleri civarında fikirlerinin doğ'u olduğu hakkında umumî bir kanaat yaratmışlardır. Interpolatio araştırmalarının, zirvesini ve aynı zamanda bir az da dönüm noktasını teşkil eden bu senelerde Haymann'ın tezi büyük bir tesir yapmıştır. Bilhassa mukni görünen tarafı Periculum est emptoris kaidesi ile uzlaşamıyan diğer metinlerdi. Ancak çok geçmeden Arno ve Haymann'ın fikirlerine karşı itirazlar yükseldi. Burada bütün teferruatı ile inceliye-miyeceğimiz tenkitler'n umumî hatları şöyle hülâsa edilebilir: Arno ve Haymann'ın Periculum est emptoris prensibiyle bağdaşamıyan metin olarak gösterdiği metinlerin, ezcümle D. 18, 6, 13; D. 18, 6, 14; D. 18, 6, 15; D. 19, 2, 33 ün sadece esas prensibin istisnası olduğu görülmüştü. Zira bu metinler asıl prensibi kayıtsız şartsız bertaraf etmiyen, istisnaf mahiyette metinlerdi. Bunlar belki Periculum est emptoris kaidesini dolayısıyla tahdit ediyorlardı. Fakat bu tahdidin prensibi bertaraf edecek kadar ileri gitmediği muhakkaktı. Diğer taraftan kanaatımızca Arno ve Haymann'ın iddialarındaki zayıf taraf yukarda zikrettiğimiz metinlerin klâsik oldukları hakkında mukni deliller göstermemelerindedir. Hasar

Atti del Congresso internazionale di diritto romano. Verona 1948 (1953 senesinde basılmıştır) c. III s. 387 v. d.

(34) Jörs, *Birkmeyers Encyclopedie*. 133, 69, s. 144 2 b a.

(35) Jörs - Kunkel - Wenger, *Römisches Recht*. 2. ce 3 neu tabi 141, 2, S. 228. ce 229.

(36) Beeler, *Romanistische Studien, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*. 8 (1928) s. 279 v. d.

(37) Arno, *La teoria del periculum rei venditae nel diritto romano classico, Giurisprudenza italiana*, 49 (1897) 4, 209 v. d. *Archivio giuridico* 62 (1899) s. 540; 65 (1900) s. 301 v. d.; 68 (1902) s. 429 v. d.; *Studi in onore di V. Scialoja*, c. I s. 343 v. d.; *Mélanges Fitting*, cilt I s. 29 v. d.; *Memorie dell'Accademia di Modena*, seri II. c. 9 (1908); *Studi in onore di B. Brugi* (1910) s. 153.

(38) Haymann, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, ZSS 40 (1919) s. 259 v. d.; ZSS. 41 (1920) s. 44 v. d.; *Zur Klassikität des periculum emptoris*, ZSS. 48 (1928) s. 314 v. d.

prensibini ihtiva eden metinlerin klâsik olmadığını, interpolatio gör-
düklerini iddia eden müellifler ona aykırı olan metinlerin klâsik oldu-
ğunu kabul ediyor. Belki dedikleri, ispat edilebilirse, doğrudur. Fakat
aykırı metinlerin klâsik olduğu hakkındaki delilleri zayıf kalıyor, tat-
mın etmiyor. Arno ve Haymann'ın fikirleri arasında zayıf kalan diğer
bir nokta da İustinianus Hukukuna Periculum est emptoris kaidesinin na-
sıl intikal ettiğini izah edememeleridir. Halbuki onun klâsik hukukta-
ki mevcudiyeti, peşin para ile yapılan satıştan arta kalan son hüküm
seklinde kabulüne müncer olmaktaydı (39).

Arno ve bilhassa Haymann, karşılıklı edalar ihtiva eden akitlerde
malların mübadelesinden hareket eden Romalıların, semene ancak me-
blin tesliminden sonra istihkak kesbedileceğini bona fides'e dayanan bu
prensibin gerekli def'iyyi de temin edeceğini ileri sürmüşlerdir (40). An-
cak biz bona fides kaidesinin Roma'da ne kadar geç inkişaf ettiğini bi-
liyoruz. Mülkiyette zilyetlikte bu prensibe o zaman belki varılmamış ol-
ması karşısında (41) Roma Hukukunun, bona fides'i hiç bir zaman umu-
mî ve mutlak bir kaide haline getirmediği kanaatını bile verir. Bunun
yanında karşılıklı edalarda ileri sürecek defiler (B. K. 210 mânasın-
da) mevcut metinler karşısında daha çok klâsik hukukun bir buluşu gibi
tezahür etmektedir.

Bu gün Arno ve Haymann'ın fikirleri artık pek taraftar bulama-
maktadır. Prof. Schwarz'ın dediği gibi muhtemelen Haymann'ın esas te-
zi yanlıştır (42). Yeni ders kitaplarında Haymann'ın fikrine iltihak eden
müellife artık rastlanmamaktadır.

C. Haymann'ın tezine karşı ilk itirazları yapan Rabel (43) olmuş,
Haymann'ın delillerini mukni bulmamış, bilhassa metinlerin arasında
klâsik hukuktan gelenlerin bulunduğu iddiasına itiraz etmiş ve kendisi
daha ileri giderek, Periculum est emptoris kaidesinin klâsik hukukta bir
kaide olmadığı, karşımıza çıkan metinlerde hususî vak'alar için veril-
miş mütalâalardan ibaret olduğu, umumî hüküm gibi görünen metinlerde
ise Bizanslıların Interpolatio'ları ile karşılaştığımızı, muhtemelen bu —
umumî hüküm mahyetindeki — metinlerdeki hâdiselerin Tribonianus
hey'eti tarafından tay edildiği fikrini ortaya atmış ve netice itibarı-
nıyla Klâsik Hukukta böyle bir «prensibin» hiç bir zaman mevcut olma-

(39) Buna benzeren Custodia mes'uliyeti için yukarıda V'e bakınız.

(40) Hep Borçlar Kanunu 210 daki prensibin içinde kalındığına dikkat edilmelidir.

(41) Bona fides'in Roma Hukukundaki inkişafı için Ziya Umur, Roma Hukukun-
da İktisabî müruru zamanda hüsnünîyet, İstanbul 1956. bakınız.

(42) Schwarz, a. g. yazı s. 164.

(43) Rabel, ZSS 42 (1922) 543 v. d. ve Gefahrtragung beim Kauf, ZSS 47 (1927)
s. 117 v. d.

diğını iddia etmiştir. Kendi ifadesi ile «olsa olsa ticarî bir teamül idi».

Bu fikir taraftar bulmuştur (44). Ancak dikkat edilirse problemi hal etmeyen bir buluştur. Zira kanaatimizce, klâsik hukukçuların bir çok hal lerde, — bu istisnaî hallerin ne kadar çok ve değişik olduğunu bize Corpus Iuris Civilis kâfi sarahatla gösteriyor — Periculum est emptoris'e gi dilmesi, bu hükmün icabı halde müracaat edilen, elde mevcut bir prensibin alametidir. Kaldı ki Klâsik Hukukçuların buna müracaat ettikleri hallerin çokluğu göz önünde tutulursa prensibin mevcut ol madığı, icabı hâle göre tatbik edildiği iddiası bir az zayıf kal maktadır. Vakıa bu tenkitteki tehlikeyi gören Rabel klâsik zanne dilen bir çok metinlerin klâsik olmadığını göstermeğe çalışmıştır. Bu in terpolatîo şüpheleri ise çok münakaşa edilmiş olup kat'î bir fikir ve eme mişlerdir.

Diğer taraftan bu nazariyeye göre klâsik hukukçuların bu sahada sarfih bir fikre sahip olmadıklarını kabul etmek icap ediyor ki çok şüphe ile karşılanacak bir fikirdir (45).

D. Haymann'ın nazariyesinden sonra en derin tesiri yapan tanınmış Alman Roma Hukukçusu Seckel ile onun talebesi Ernst Levy olmuştur. Seckel bu mevzuda hazırladığı etraflı bir tetkiki neşredemeden ölmüştü. Bu tetkiki bir daha gözden geçiren ve hocasının, çok iyi bildiği fikirlerine göre işleyip tamamlayan Levy, yazıyı 1927 senesinde müşte rek isim altında neşretti (46).

Seckel - Levy'e göre «Periculum est emptoris» kaidesi klâsik hu kukta her halde vardı, fakat çok tahdit edilmişti. Her şeyden evvel satışın perfecta olması lâzımdı. Hukukçu Paulus perfecta satışın ne olduğunu D. 18, 6, 8 pr. de izah etmiştir. Bu metin mühim interpolatîo'lar görmüştür (47). Buna rağmen «perfecta est emptio»'ya kadar olan yeri unu mi kanaata göre klâsik olduğundan ihticaca salıhtır. Seckel - Levy per fecta satışın, ancak mebbün teslimi ve tesellüme salih olması anında mev zubahis olduğunu ileri sürmüşlerdir. Custodia mes'uliyetinin bulunduğu hallerde de «periculum est emptoris» tatbik edilemezdi (48). Bir de istim lâk gibâ, devlet tarafından mebbün alınması halinde de «periculum est emptoris»e yer verilmediği görülüyor (D. 19, 2, 33 ve D. 21, 2, 11 pr (49)).

Tatbik sahası bu kadar daraltılan «periculum est emptoris»de kala kala peşin para ile yapılan satış akitlelerini ve maddesi itibarıyla çok ko

(44) Sieber, *Römisches Recht. c. II s. 197'e* bakınız.

(45) Jörs - Kunkel - Wenger, *a. z. c. 141 s. 228 not 6' u da* bakınız.

(46) Seckel-Levy, *ZSS. 47, s. 117 v.d.*

(47) *Index interpolationum de c. I s. 334 D. 18, 6, 8 pr'e* bakınız.

(48) *Custodia mes'uliyeti hakkında yukarıda not 31 ve 32 'ye* bakınız.

(49) *D. 19, 2, 33 için Index Interpolationum c. I s. 362 ve D. 21, 2, 11 pr için de Index Interpolationum c. II s. 14* bakınız.

lay bozulan malları görüyoruz. Kolay bozulan mallarda bile «periculum est emptoris»in tatbikatında bir tahdit müşahede etmek mümkün: Şarap satışında kullanılan «Quod neque aceat neque muceat, id dabitur» formülü (Cato. De agricultura 148,3) periculum est emptoris'den ayrılanın bir delilidir. Ne'ven muayyen mallar da tabii tatbik sahası dışında kalıyor.

Seckel - Levy'nin nazariyesi çok taraftar bulmuş olmakla beraber, (50) emptio perfecta hakkındaki fikirleri yanlış ad edilmiştir (51). Saniyen prensibin tatbikinde geriye kalan mahdut saha, bunun klasik hukukta bir prensip olup olmadığı hakkında şüphe vermektedir. Bu şüphe karşısında Rabel'in telâkkisinin daha doğru olup olmadığı ca'i sual oluyor.

1930 senesinden sonra Roma hukukunda hasarın intikali hakkındaki münakaşaların kesildiğini görüyoruz. Yavaş yavaş bu mevzu ile ilgili hiç bir şey neşredilmez oluyor. Bu Prof. Schwarz'ın dediği gibi, bazı müşküllerin hal edilmemesi ve bazı suallere cevap bulunamamasından ileri geliyor. Periculum hakkındaki kaynakların son derece mahdut olması, (Corpus Iuris Civilis dışında yalnız Frag. Vat'c. 16 da bir metin var), ele geçen vesikalarda ve akitlerde kullanılmamış olması, bir çok metinlerdeki hükümlerin tenakus teşkil etmesi, tetküklerin ilerlemesine mâni olmuştur.

VII. 1954 senesinde, Roma Üniversitesi Roma Hukuku Profesörü olan Emilio Betti'nin «Periculum. Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano» isimli uzun yazısı (52) ile mesele yeniden ve bu defa başka bir görüş altında canlandı. Kanaatimizce meseleye tatmin edici bir hal çaresi bulan ve memleketimizdeki Roma Hukuku ders kitaplarında daha yer bulmamış olan Betti'nin fikirleri şöyle hülasa edilebilir:

Profesör Betti her şeyden evvel bu güne kadar problemin tetkikinde kâfi sarıh bir hareket noktasına ehemmiyet verilmediğine işaret etmekle izahatına başlıyor ve birbirinden dikkatle ayrılması gereken dört değişik vaziyete işaret ediyor:

a) Borcun mahiyetinden doğan mes'uliyetler (Para borçlarında olduğu gibi mes'uliyet borcun mahiyetine göre değişebilir.)

(50) Koschaker, *Modern Husulî Hukuka giriş olarak Roma Husulî Hukukunun ana hatları*. Ankara 1950 s. 208 ve 209 bakınız.

(51) Haymann, a. g. yazı. ZSS 48, 417 ve Hostnik, *Periculum emptoris* s. 89.

(52) Emilio Betti, *Periculum. Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, *Studi in onore di Pietro de Francisci*, cilt I s. 133-197.

b) Bu mes'uliyetin genişletilmesi hakkında yapılan anlaşmalardan doğan, mes'uliyetin deruhtesi (Dos'da olduğu gibi.)

c) Bu mes'uliyetin otomatik olarak genişletilmesi (Borçlunun temerrüdünde olduğu gibi).

d) Borç münasebetine göre tesbit edilmiş bir riskin âkitlere (Hasardan dolayı müşterinin mes'ul olması gibi) tahmili.

Mantıkî bir sıra altına sokulmak istenirse:

- 1 — Borcun mahiyetinden doğan mes'uliyet,
- 2 — Anlaşma gereğince genişletilen, deruhte edilen mes'uliyet,
- 3 — Mora debitoris sebebiyle doğan mes'uliyet,

şeklinde sıralanmaları daha doğru olur.

Borcun mahiyetinden doğan mes'uliyet, aktin yerine getirilmemesi sebebiyle ne kadar genişletilirse, riskin deruhtesi hakkında saba o kadar darabr. Roma Hukuku kaynakları içinde bu iki türlü mes'uliyet Bizans Hukukçuları tarafından çok kerre bir birine karıştırılmıştır.

Corpus Iuris Civilis içinde bir çok metin aslında borç münasebeti itibarıyla mes'uliyetin deruhtesini icab ettirmiyen fakat borcun yerine getirilmemesinden doğan mes'uliyetin hususî bir anlaşma ile genişletildiği hallerdir. Bunlar bilhassa custodia için mes'uliyetin ihdas edildiği hallerdir. Aslında burada aktin mahiyetinden doğan (a gereğince) mes'uliyet nihayet pater familias'dan talep edilen diligencia kadar idi. Betti'nin (53) kanaatine göre satıcının custodia için mes'uliyeti de menşe itibarıyla aktidir. Klâsik hukukta akti olan bu mes'uliyet Iustinianus Hukukunda Kanundan doğan bir mes'uliyet halini almıştır. Custodiam suscipere veya recipere'den bahseden bir çok metinler bu durumu sarahaten belirtmektedir. Inst. 3, 23, 3 ve 3 a da metnin aslında yalnız akti bir mes'uliyetin bahse konu olduğu «securus erit» teriminden ve commodum'da klâsik hukukta deruhte edilen periculum'un bir nevi mukabil svazi ad edilmesinden anlaşılıyor. Klâsikten sonraki hukukta aslında kazuistik olan münferit prensiplerin umumleştirilmek istenmesi problemi, gene tetkik konumuzla ilgili başka metinlerde de kendini göstermektedir: D.18,1,35,4; D.19,1,31 pr.; D.47, 2,14 pr. Her üçünde de custodia için mes'uliyetin, aradaki bir anlaşma gereğince deruhte edildiğinin izleri vardır. Betti çok mukni delillerle bu metinlerdeki muhtemel interpolatio'ları belirttikten sonra custodia ile ilgili diğer metinleri de ele alıyor ve bahsekonu olan «actio furti»

(53) a. g. yazı s. 136-137.

deki mes'uliyetin, mevcut bir anlaşma ile deruhte edildiğini gösteriyor (54).

Custodia'dan dolayı mes'uliyetin hususi bir anlaşmaya istinad ettiğini satış aktinden incelemekle kalmıyan Betti, sırası ile «Locatio rei» (55) «Receptum» (56)'da da aynı durumun bulunduğu işaret ediyor, riskin deruhtesi hakkında yapılan akitte karşımıza çıkan bir «aestimatio» (kıymet takdirli) sistemine bilhassa dikkati çekiyor. Aestimatio ile ilgili akıtlardan «societas» (D. 17,2,52,3'ün tetkikinde) «instrumentum fundi'nin aestimatio ile kiralanması»nı (D.19,2,3 ve D.19,2,54,2 de karşımıza çıkıyor) «dos tesisi»ni (D.23,3,14 ve D.23,3,15 — D.24,3,9) (57), «comodatam» ve satış hususunda vekâlet verilen «aestimatio»lu akti (D. 19,3,1,1 ve Paul. Sent. 11,4,4) gösteriyor. Aestimatio ile yapılan bu akıtlarda, deruhte edilen mes'uliyetin, aktin kendisine mahsus olan normal mes'uliyetin hudutlarını aştığı ve anlaşma ile tesbit edilen ayrı bir riskin deruhtesi olduğu çok açıktır.

Justinianus Hukukunda durumun değiştiği görülüyor. Custodia mes'uliyeti kanun tarafından satıcıya tahmil ediliyor diğer taraftan ona muvazi olarak «periculum est emporis» de Corpus Iuris Civilis'in — kanunun — hükümleri arasında yer alıyor. Betti, inkişafın bu şekilde olduğunun en kuvvetli delilini şu noktada buluyor: Klâsik hukuktaki diligentia, bona fides'in genişletici bir tefsirinden istihraç edilmişti. Custodia mes'uliyetinin ise mahiyeti itibariyle bona fides ile en ufak bir alakası olamazdı. Halbuki Corpus Iuris'in metinlerinde custodianın mucip sebebi olarak bona fides'i görüyoruz. Bunlar aslında diligentia'dan bahseden metinlerdi. (Custodia ise, yukarıda zikredilen metinlerde mes'uliyetin bir anlaşma ile deruhte edilmesi idi.) Interpolatio'ları tey' id eden daha kuvvetli emareler de mevcut: metinlerde sık sık «diligentia in custodiendo» ibaresi görülüyor. Bu iki mefhumun bu şekilde bir arada kullanıldığı metinlerden mâna çıkmamaktadır (D. 19, 1, 36; D. 18,6, 2,1; D.18,6,3 gibi). Diğer taraftan D.19,2,41 «qua enim custodia consequi potuit» ibaresi custodia'nın bir akitle deruhte edildiği zamanlardan kal-

(54) Burada D. 47, 2, 81 (80) pr ve D. 39, 2, 18, 9 da inceleniyor. A. g. yazı s. 143 ve 144 bakınız.

(55) s. 145 b) de incelenen metinler D. 19, 2, 55 pr.; D. 19, 2, 60, 9; D. 19, 2, 40; C. 4, 65, 1

(56) a. g. yazı s. 146 c), de incelenen metinler: D. 4, 9, 5 pr.; D. 4, 9, 1, 8 ve D. 47, 2, 14, 17 dir.

(57) D. 23, 3, 14 ve D. 23, 3, 15-D. 24, 3, 9 için Kudret Ayiter, *Klasik Roma Hukukunda Dos'un tesisi*. Ankara 1958. s. 219 ve Kudret Ayiter, *Aestimatio dotis e compra vendita come concetto di interpretazione tra i giuristi classici*, *Annali dell'Università di Ankara* (VI, 1954-1955) s. 143'e bakınız.

madır. Aynı şekilde D. 19, 2, 36'nın ikinci kısmı da o devirlerden kalma, değişmemiş bir metin örneğidir.

Periculum est emptoris bahsinde aynı genişletici tefsiri Bizans Hukukçuları, Corpus Iuris'e ithal ettikleri «emptio perfecta» fikrine muvazi olarak yapmışlardır. Commodum repraesentationis de Corpus Iuris'te deruhte edilen hasarın bir ivazı gibidir. D.18,6,14 (13) ve D.18,4,21 bütün bu temayülleri aksettirmektedir. D.18,6,7 pr. deki «periculum»un aslında «incommodum» olması ihtimali de çok calibi dikkattir (58).

Periculum est emptoris şeklindeki bu yeni prensip «perfectio emptio» ile ahenk halindedir. Emptio perfecta'yı tanımayan ve traditio'nun yapıldığı andan sonrası için periculum est emptoris'i kabul eden Klâsik hukuk bütün bu mes'uliyet sistemine yabancıdır. Klâsik roma hukukunda satım aktinin consensual ve «borç akti = taahhüt muamelesi» olduğunu Yunan ve Yakın Şark hukukunda ise alienatio'ya müncer bir akıt olduğunu unutmamak lâzımdır. Burada da Yunan ve Yakın şark hukukunun Bizans Hukukuna tesiri sarihdir. Ancak Tribonianus'un komisyonu, tamamen Yunan hukukuna iltilhak etmemekle ikisi ortası bir hal tarzı bulmaya çalışmışlar yalnız traditio'nun yapılması halinde mâna ifade edecek olan periculum est emptoris'i taahhüt muamelesi olan satışa tatbik etmişlerdir.

Betti, riskin deruhte edildiği akıtların mahiyetini de tahlil etmiştir (59). Riskin deruhtesi hakkında akıtların Roma'da yapıldığını ilk defa bu şumulü ile ortaya koyan Betti'dir. Bu problemi incelerken, aktin bizatihi kendisinden neş'et eden mes'uliyeti evvelâ sarih bir şekilde hudutlandırıyor. Hukukî muamelenin kendisinden doğan mes'uliyet, borçların mahiyetine göre değişir. Kaşılıklı iki edanın mübadelesi şeklindeki synallagmatic akıtlarda hasardan dolayı mes'uliyetin bir taraftan diğer tarafa intikali eda mevzuunun diğer tarafın emrine amade tutulması veya diğer tarafta kontrol edilebilerek vaziyete gelmesiyle olur. Aradaki anlaşmanın «perfectio» olması ile intikal etmez. Mübadele edilen edalar bir eşya değil de bir eşyadan istifade ise, locatio rei'de olduğu gibi, res veya operae'nin conducto'un emrine amade tutulması hasardan dolayı mes'uliyetin intikalini temin eder. Şirket akti gibi hukukî muamelelerde ise hasar bakımından mühim olan sual şudur: hangi andan itibaren aynı societas'a dahil olmuştur, hangi andan itibaren hasar onu veren şahıstan, topluluğa intikal eder? Roma Hukukuna göre aynı topluluğa tahsisi veya hasarın topluluğun faaliyetinden neş'et etmesi hallerinde hasar topluluğa ait olurdu. Nâhayet bir işin yapılması ile

(58) Betti, a. g. yazı s. 161.

(59) Betti, a. g. yazı s. 169 v. d.

İlgili akıtlarda (ezcümle Mandatum'da) iş sahibi lehine yapılan, onun menfaatine olan işlerde hasar iş sahibine intikal ederdi (60).

Hususı ile satın aktinde, klâsik hukukta hasar traditio ile intikal ediyordu. Traditio'ya kadar veya mebiin müşterinin emrine amade tutulmasına kadar hasar satıcıya, bu muamelelerin yapılmasından sonra ise müşteriye ait oluyordu. Şu kadar ki eğer malın mahiyeti hasarın daha evvel müşteriye geçmesini icab ettiriyorsa veya satıcı hasarı husus bir akitle üzerine almışsa o vakit bu umumî kaide değışiyordu. Betti bir çok metinlerde bu durumu tetkik ediyor; D. 19,2,33; D. 18,6,13 ilâ 17; D. 18,6,17 pr. Bu arada bilhassa hasarın müşteriye daha evvel intikali neticesini tevhit eden halleri inceliyor:

a) Res üzerinde müşterinin bir kontrol hakkını elde etmesi.

b) Çok kolay bozulabilen mallarda müşterinin malı kontrol etmiş olması. Şarap alım satımlarında degustatio.

c) Ölmesi ihtimali bulunan kölenin alım satımında hasarın müşteriye geçmesi. Bilhassa bu son hal hasarın Roma Hukukunda yalnız ve yalnız traditio ile geçtiğinin en kat'i delilini veriyor. Zira bu duruma ait D.18, 5,5,2 de kölenin alım satımında traditio ile ilgili hiç bir husus bulunmadığı halde hasarın geçmesi traditio esbabı mucibesine bağlanıyor ve hasar «traditio yapılmışcasına» müşteriye intikal ediyor.

d) Satın alınan kölenin satıcı nezdinde bırakılması, orada müşterinin nefine çalıştırılması veya tehlikeli bir işte çalıştırılması halinde hasarın müşteriye ait olacağı çok tabiidir.

e) Emptio in aversione ve emptio in diem addictio hallerinde de hasarın müşteriye intikali tabii karşılanabilir. D.18,1, 62,2 ve D.18,2,3. bu şekilde bir çok malın hep bir arada götürü bir fiyatla satın alındığı hallerden bahsediyor.

Netice itibariyle, hasarın intikali esas itibariyle traditio ile cereyan etmekte fakat aktin mahiyeti riskin bir tarafa ait olmasını icab ettiriyorsa o taraf riski deruhte etmiş sayılmaktadır.

Aynı durum diğer akit tiplerinde de tezahür ediyor.

Locatio operis'de esas itibariyle satışta gördüğümüz esaslar tatbik ediliyor. Hasar, işin yapılmasına kadar conductor operis'e aiken, sonra locator operis'e geçiyor. Opus bittikten sonra conductor onu lo-

(60) Betti, a. g. yazı s. 170 ilâ 172. Bu fikri destekleyen kaynaklar bilhassa D. 19, 2, 19, 3; D. 19, 2, 38 pr.; D. 17, 2, 58 pr. Ayrıca Wieacker, Gesellschaftsvertrag. ZSS 69 (1952) s. 325 bakınız.

cator'a tasvibi için arz eder, tavsib edilince (adprobatio) hasar locator'a geçer. (D.19,2, 36 ve D.19.2,37 de bu bakımdan yapılmış olan interpolatio'ları Betti izah ediyö: (61). Betti burada, aynı bahse giren, nakliye mukavelesini ve gemicilerin nakliye mukavelelerini de inceliyor ve muvazi neticelere varıyor.

Betti'nin Klâsik Hukuk için ileri sürdükleri, bazı akitlerin değişme den İustinianus Hukukuna kadar intikal etmeleri ile de teyit edilmiştir. İsimsiz real kontraktlar, locatio rei, locatio operarum,, societas mandatum hepsi hasar bakımından klâsik hukuktaki aslı şekillerini muhafaza etmişlerdir (62).

VIII. Periculum est emptoris sahasında Betti'ye kadar ileri sürülen diğer nazariyeler problemle ilgili bütün metinleri çözememiş, hepsini — interpolatio izahlarına rağmen — bir ahenk içinde izah edememişti. Betti'nin ileri sürdüğü fikirde en kuvvetli taraf bu güne kadar yapıldığı gibi yalnız satış aktinde vaziyetin incelenmesi ile aktifa edilmemiş, problem, bütün akitlere teşmil edilmiş ve bütün akit tipleri için Klâsik Roma Hukuku'nda müşterek bir hal tarzı aranmış olmasıdır. Vakıya biz, Klâsik Roma Hukukçularının müşterek, umumî prensipler aramadıklarını, çok kere münferit akitler için mütenakıs görünen hükümler tatbik ettiklerini biliyoruz. Fakat «Umumî Hüküm» ismi altında toplanmasa bile, bir devrin hukukçularının hiç olmazsa müşterek veya yakın bir hukuk mantığı ile hareket ettikleri doğrudur. Betti bu vakıayı «periculum» bahsinde çok iyi göstermiştir. Bütün akit tipleri için bulunduğu müşterek hüküm esas itibariyle periculum'un boççluğa ait olduğu, custodia mes'uliyetinin hususî bir anlaşma ile deruhte edildiği, periculum dan dolayı mes'uliyetin alacaklıya geçmesi için aktin mahiyetine ve menfaatler durumuna göre bunun kabul edilmiş olması icab ettiği anlaşılıyor.

Her halde «Periculum est emptoris» diye umumî bir hüküm Klâsik Roma Hukukunda yoktu. Bu bakımdan Roma Hukukçularının bu garib prensibe nasıl, niçin geldikleri hakkında bir izah tarzı aramak beyhudedir. İustinianus Hukukundaki değişme, kazuistik Roma Hukukunun malzemesini bir kanunun maddeleri serisi haline getirilmesi ve bu arada yapılması gereken interpolatio'ların yapılmasına, traditio ile intikal eden periculum'da farazî teslimlerin kabulü sebebiyle periculum'un intikalinin daha önceye alınmasına, Custodia mes'uliyetinin, peri-

(61) *Adı geçen yazı, s. 186 ve 187. Bu arada Betti İustinianus Hukukunda «opus» mefhumunun nasıl değiştiğini de gösteriyor.*

(62) *İncelenen metinler s. 190 da D. 12, 4, 18 s. 191 de C. 4, 6, 10; D. 12, 4, 5 pr.; D. 12, 4, 3, 3; D. 19, 5, 5, 1; ve s. 192 de D. 19, 2, 15, 2.*

culum'a muvazi olarak her hal ve şartta var farz edilmesine, krediye dayanan muamelelerinin artmasına ve bu yeni durumda satılmış olan mebiin bedelinin talep hakkı çok sağlam olduğundan daha tahsil edilememiş olan bu meblağ üzerinden de kredinin temin edilmesine ve nihayet Yunan Hukukunda satış aktinde mülkiyetin hemen intikal etmesi prensibinin İstintianus Hukukuna tesir etmiş olmasına hamledilebilir, ve bu şekilde izah edilebilir. Yukarda da işaret ettiğimiz gibi İstintianus devrinin hukukçuları, Yunan Hukukunun tesiri altında idiler. Fakat mülkiyetin satış akti ile doğrudan doğruya geçeceğini ifade edememişlerdir. Bu, yeniden canlandırılmakta olan, veya canlandırılmak istenen Klâsik Roma Hukukunun taahhüt-tasarruf muameleleri sistemine (63) çok fazla aykırı düşerdi. Yalnız hasarın aktin in'ikadı ile geçeceğini ileri sürdüler. Fakat metinlerdeki değişiklik eski durumun görülmesine mâni olmuyor.

IX. Roma Hukukunda Periculum est emptoris'in durumunu şu şekilde bir araya topluyabiliriz: Hasar teslimle intikal ediyor. Teslim anına kadar satıcının, teslimden sonra ise müşterininindir. Satıcı eğer muhafazayı tekeffül etmişse veya müşteri mal üzerinde kontrol imkânını elde etmişse o zaman hasar müşteriye intikal eder. Buna bir de müşterinin temerrüdünü ilâve edebiliriz.

Profesör Schwarz'ın 1948 senesinde, açıklamasını temenni ettiği münakaşa bakımından da şunu ilâve etmek yerinde olacak: Prof. Schwarz Borçlar Kanunumuzdaki hükmün kullanışsız olduğunu ileri sürmüştü. Kullanışsız olduğunu Roma Hukuku ile, menşei ile, tey'id edebiliriz. Kanunumuz, hukuk mantığına aykırı bir tanzim tarzını ifade ediyor. Bu tanzim tarzının Bizans Hukukunda ne kadar yanlış temellere dayandırıldığını göstermekle aynı şey bizim Borçlar Kanunu için de yapılmış oluyor. Biz vakıa Klâsik Roma Hukuku kaynaklarının - Bizanslılarda olduğu gibi - kanun vazı tarafından yanlış anlaşıldığını ileri sürerek mevcut hükmü tenkit edemeyiz. Fakat Mukayeseli Hukuk yolu ile başka hukuklardaki durumu göstererek bir hal çaresinin bulunmasına yardım edebiliriz.

(63) Roma Hukukunda bu terimlerin mevcut olmaması tasnifin fiilen bulunmaması demek değildir. Kudret Ayiter, *Medeni Hukukta tasarruf muameleleri*. Ankara 1953. s. bakınız.